

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 40

**Verhaltensweisen und Sorgfaltspflichten
von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern
bei drohender Überschuldung**

Von

Michael Gurke



Duncker & Humblot · Berlin

MICHAEL GURKE

**Verhaltensweisen und Sorgfaltspflichten von Vorstandsmitgliedern
und Geschäftsführern bei drohender Überschuldung**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 40

**Verhaltensweisen und Sorgfaltspflichten
von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern
bei drohender Überschuldung**

Von

Dr. Michael Gurke



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 05068 1

Vorwort

Die hier veröffentlichte Abhandlung hat dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin im Sommersemester 1981 als Dissertation vorgelegen.

Herrn Professor Dr. von Stebut, der die Anregung zu dem Thema gab, sei an dieser Stelle für die mir in jeder Hinsicht zuteil gewordene Förderung herzlich gedankt.

Berlin, im September 1981

Michael Gurke

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
A. Die rechtliche Verpflichtung zur Erstellung der Überschuldungsbilanz	15
I. Die Aktiengesellschaft	15
II. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	21
a) Die historische Entwicklung der Überschuldungsregelung	21
1. Die Bewertungsgrundsätze in der Handelsbilanz bis zur Aktienrechtsnovelle von 1884	22
2. Die Entstehung der Überschuldungsbestimmungen des Aktienrechts	24
3. Die Aktienrechtsnovelle von 1884	24
4. Die Übertragung der aktienrechtlichen Überschuldungsbestimmung auf das GmbH-Gesetz	26
b) Leistungsmöglichkeiten und Leistungsgrenzen der Jahresbilanz als Mittel rechtzeitiger Überschuldungskontrolle	31
1. Der Übergang von der statischen zur dynamischen Bilanz	31
2. Die Bilanz als Mittel des Gläubigerschutzes	32
aa) Strafrechtliche Absicherung der Bilanzierungsvorschriften	33
bb) Die Bilanz als Mittel zum Erkennen von Überschuldungen	34
c) Verzicht auf die Bilanz als Kontrollinstrument der Überschuldung im Aktiengesetz und Genossenschaftsgesetz	36
d) Konsequenzen für die Überschuldungsregelung in § 64 GmbHG	37
e) Das heutige Verständnis der Überschuldungsregelung in § 64 GmbHG	38
Zusammenfassung	41
B. Der Verdacht der Überschuldung	42

C. Die Bewertungsgrundsätze der Überschuldungsbilanz	46
a) Liquidationsbewertung	47
b) Fortführungsbewertung	51
c) Alternativbewertung	52
d) Bewertung nach der wahrscheinlichen Verwertung (Zweistufige Prüfungsmethode)	53
D. Verpflichtungen aus Miet- und Pachtverhältnissen in der Überschuldungsbilanz	56
I. Der Begriff des schwebenden Geschäftes	56
a) Die Erfassung schwebender Geschäfte in der Jahresbilanz	56
b) Die Darstellung schwebender Geschäfte in der Überschuldungsbilanz	57
c) Die Funktion der Rückstellungen	59
II. Liquidation des Unternehmens	60
a) Höhe der Rückstellungen	60
b) Lösungsmöglichkeiten von Miet- und Pachtverträgen	62
III. Fortführung und Unternehmung	65
E. Bewertung von drohenden Verpflichtungen aus Sozialplänen in der Überschuldungsbilanz	66
I. Liquidation	67
a) Unternehmenszerschlagung	67
b) Betriebsveräußerung	71
II. Betriebsfortführung	72
Zusammenfassung	73
F. Die betriebswirtschaftliche Analyse des Unternehmensschicksals	74
a) Die betriebswirtschaftliche Analyse als Mittel des Gläubigerschutzes	77
b) Interessen von Eigentümern, Arbeitnehmern und der Öffentlichkeit	79
c) Die Funktion der betriebswirtschaftlichen Analyse bei der Lösung der Interessenkonflikte	80
d) Prognosecharakter der betriebswirtschaftlichen Analyse	82
e) Die rechtliche Verpflichtung zur Durchführung einer betriebswirtschaftlichen Analyse	85

G. Bewertung des Unternehmens bei zu erwartender Betriebsfortführung	84
a) Ermittlung des Unternehmenswertes nach objektiven Kriterien	87
b) Traditionelle Bewertungsmethoden der Praxis	88
c) Bedeutung des Substanzwertes für den Vermögensstatus	90
d) Neuere Ertragswertmethode	95
e) Bewertung in der Überschuldungsbilanz	99
H. Grundsätze über die schuldhafte Konkursantragspflichtverletzung	104
I. Sachliche Vertretbarkeit der betriebswirtschaftlichen Analyse	106
II. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	108
a) Die strafrechtlichen Sorgfaltsgrundsätze	109
b) Die strafrechtliche Bedeutung der prognostischen Ermessensspielräume	110
c) Die strafrechtlichen Auswirkungen der unterschiedlichen Unternehmensbewertungsmethoden bei voraussichtlicher Fortführungswürdigkeit	112
d) Die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit der zweistufigen Prüfungsmethode	114
III. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit	117
Zusammenfassung	122
Literaturverzeichnis	125
Sachverzeichnis	135

Abkürzungsverzeichnis

AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BGBI	Bundesgesetzblatt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
GmbH-Rdsch	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
HdW	Handbuch der Wirtschaftswissenschaft
IdW	Institut der Wirtschaftsprüfer
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Zeitschrift)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MitbGespr.	Das Mitbestimmungsgespräch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
RGBI	Reichsgesetzblatt
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WP	Der Wirtschaftsprüfer (Zeitschrift für das deutsche Prüfungs- und Bilanzwesen), aufgegangen in: Die Wirtschaftsprüfung
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfbF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht

Einleitung

Die Überschuldung ist neben der Zahlungsunfähigkeit ein Konkursgrund bestimmter juristischer Personen des Privatrechts¹. Außerdem ist sie auch Konkursgrund bei besonderen Erscheinungsformen von OHG und KG². Rechtlich ist die Überschuldung von erheblicher Bedeutung, weil sich die Konkursantragspflicht an dieses Tatbestandsmerkmal knüpft. Dabei soll die folgende Untersuchung auf die beiden im Wirtschaftsverkehr wichtigsten juristischen Personen des Privatrechts, die Aktiengesellschaft und die GmbH, beschränkt bleiben. Mit dem Eintritt der Überschuldung sind die Vorstandsmitglieder und die Geschäftsführer verpflichtet, unverzüglich, spätestens aber binnen 3 Wochen, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen oder die Einleitung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens herbeizuführen³. Gleichzeitig haften sie der Gesellschaft für Zahlungen, die nach eingetretener Überschuldung geleistet werden⁴. Abgesehen von einer etwaigen zivilrechtlichen Ersatzverpflichtung besteht im Falle der Verletzung der Antragspflichten eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern⁵. Durch die strafrechtliche Sanktionierung soll der Antragspflicht aus Gläubigerschutzgründen und Gründen des öffentlichen Interesses⁶ Nachdruck verliehen werden. Denn mit der Überschuldung steht zugleich fest, daß wegen des Überwiegens der Schulden eine volle Befriedigung der Gläubiger ausgeschlossen ist. Es geht nur noch darum, aus dem verbliebenen Vermögen die Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen und ihnen den Verlust gemeinsam aufzubürden⁷. Folglich führt eine fortdauernde Verletzung der Antragspflicht und der damit erwartungsgemäß verbundenen Erhöhung der Verbindlichkeiten zu einem weiteren Absinken der Konkursquote. Zugleich wird das öffentliche Interesse berührt, indem die Gefahr besteht, daß sonstige Dritte sich an konkursreifen Gesellschaften durch Aktienerwerb oder Erwerb von Geschäftsanteilen beteiligen oder ihnen Kredite gewähren⁸.

¹ § 207 KO und die Verweisung in § 213 KO.

² §§ 130 a, 177 a HGB.

³ § 92 Abs. 2 AktG und § 64 Abs. 1 GmbHG.

⁴ § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, § 64 Abs. 2 GmbHG.

⁵ § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG und § 84 GmbHG.

⁶ Geßler / Hefermehl / Eckardt / Kropff, AktG, § 92 Anm. 24.

⁷ Siedschlag, Ansatzpunkte zu einer Reform des Insolvenzrechts, S. 16.

⁸ Geßer / Hefermehl / Eckardt / Kropff, AktG, § 92 Anm. 24.

Durch Beteiligungen und Kreditvergaben an Unternehmen, die vor dem drohenden wirtschaftlichen Zusammenbruch stehen, können der Volkswirtschaft erhebliche Verluste entstehen, falls der Konkurs tatsächlich eintritt und das dort investierte Kapital sowie gewährte Kredite verloren gehen. Die Folge eines Konkurses ist in der Regel, daß beispielsweise mit Krediten angeschaffte Anlagegüter ihren Wert verlieren und allenfalls zu den Einzelveräußerungspreisen, teilweise auch nur zu Schrottwerten verkauft werden können. Gerade in rechtstatsächlicher Hinsicht zeigt sich, wie notwendig ein frühzeitiges Erkennen der Überschuldung ist. Bei der Konkursabwicklung ergeben sich in der Regel bei einfachen Konkursforderungen gemäß § 61 Abs. 1 Ziff. 6 KO nur Konkursquoten von 8 %⁹, die auf eine bereits seit längerer Zeit vorliegende Überschuldung schließen lassen, bevor der Weg zum Konkursrichter angetreten wird¹⁰.

Über den Bereich des Gesellschaftsrechts hinaus hat die Überschuldung strafrechtliche Bedeutung für die Fälle der Bankrotthandlungen gemäß § 283 StGB. Die strafrechtliche Erfassung der Bankrotthandlungen hängt davon ab, daß sie in einer wirtschaftlichen Krisensituation durch den Täter vorgenommen werden. Auch hier nennt das Gesetz neben der Zahlungsunfähigkeit als Ausdruck der Krisensituation die Überschuldung.

Gleichermaßen gilt für eine Verletzung der Konkursantragspflichten und die Bankrotthandlungen, daß eine eventuelle Strafbarkeit des Täters das Tatbestandsmerkmal der Überschuldung voraussetzt. Wegen der strafrechtlichen Bedeutung muß der Überschuldungsbegriff rechtsstaatlichen Grundsätzen, d. h. dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG genügen. Eine hinreichende Gesetzesbestimmtheit ist nur dann gegeben, wenn die Voraussehbarkeit des Straftatbestandes für einen potentiellen Täter gewährleistet ist und er sein Verhalten darauf einrichten kann¹¹. Hier aber setzen die eigentlichen Schwierigkeiten an. Denn die Ermittlung der Überschuldung hat keine gesetzliche Regelung erfahren, insbesondere fehlt jeglicher Hinweis, welche Wertmaßstäbe heranzuziehen sind. Dadurch ist eine Vielzahl von Bewertungsfragen bei der Errichtung der Überschuldungsbilanz entstanden. Unklarheit herrscht unter anderem darüber, welche Verwertungsart, Fortführung oder Liquidation des Unternehmens, für die Bewertung der Vermögensgegenstände in der Überschuldungsbilanz zu unterstellen ist.

⁹ Gessner / Rhode / Strate / Ziegert, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 163 ff.; Angele, ZIP 1981, 463 ff. gibt eine Statistik über die Unternehmensinsolvenzen im Zeitraum 1970 - 1980, wobei in letzter Zeit eine Verringerung der Konkursquoten zu beobachten ist.

¹⁰ Schmidt, AG 1978, 336 u. 339.

¹¹ BVerfGE 25, 269 (285); 26, 41 (42); 37, 201 (207); 48, 48 (56).

Aus der Vielzahl von offenen Fragen, die im Zusammenhang mit den Konkursantragspflichten auftauchen, zeigt sich deutlich, daß die bestehenden Vorschriften zu unpräzise vom Gesetzgeber gefaßt worden sind und einer Konkretisierung bedürfen. Aus dem Gesetz geht beispielsweise auch nicht hervor, welche Maßnahmen Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder zu ergreifen haben, wenn das von ihnen geleitete Unternehmen sich am Rande der Überschuldung befindet, um ihren gesetzlichen Verpflichtungen zu genügen. Für die Unternehmensleitung ist die Präzisierung der Konkursantragspflichten insofern von Bedeutung, weil bei einer Verletzung der Verpflichtungen eine zivilrechtliche Haftung sowie die bereits angedeuteten strafrechtlichen Sanktionen die Folge sind. Die Forderung nach hinreichender Gesetzesbestimmtheit im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG hat in einem ähnlich gelagerten Fall bereits zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geführt¹².

In der folgenden Darstellung soll eine Konkretisierung der Konkursantragspflichten vorgenommen werden, um Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern eine Orientierungshilfe bei den von ihnen nach dem Gesetz zu treffenden Maßnahmen zu geben. Dabei beschränkt sich die Untersuchung nicht nur auf ausschließlich juristische Bereiche, sondern wird auch Fragen der Betriebswirtschaftslehre berühren. Im Vordergrund der betriebswirtschaftlichen Betrachtung werden Probleme der Unternehmensbewertung stehen, die eng mit der Überschuldungsermittlung verknüpft sind. Hauptsächlich geht es um die sehr umstrittene Frage, ob gegebenenfalls unselbständige immaterielle Vermögenswerte, insbesondere ein Geschäftswert, angesetzt werden dürfen, sofern der Überschuldungsbegriff nicht nur Liquidationswerte, sondern auch die Berücksichtigung des Betriebsfortführungsgedankens zuläßt¹³. In diesem Bereich besteht eine äußerst enge Verbindung zwischen dem juristischen Tatbestand der Überschuldung und den betriebswirtschaftlichen Bewertungsverfahren, die den methodischen Ansatz liefern, wie die Bewertung eines tätigen Unternehmens durchzuführen ist. In letzter Zeit hat die Diskussion über die Angemessenheit der Bewertungsverfahren neue Impulse erhalten. Sie beruht im wesentlichen auf Tendenzen in der Betriebswirtschaftslehre bei Unternehmensbewertungen, zukünftig das Moment der Ertragsfähigkeit in den Vordergrund der Bewertung zu stellen und dem Substanzwert, anders als bisher, allenfalls eine Hilfsfunktion zuzubilligen¹⁴. Andererseits hat die betriebswirtschaftliche Diskussion Auswirkungen auf die Forderung nach weitgehender Rechtssicherheit und Gesetzesbestimmtheit der Überschuldungsregelungen. Mögliche Folge ist die „relative Unschärfe“ des Ein-

¹² BVerfGE 48, 48 zu § 240 I Nr. 1 KO a. F.

¹³ Uhlenbruck, ZIP 1980, 81.

¹⁴ Moxter, Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensbewertung, S. 83.